

(NEO) CONSTITUCIONALISMO E INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

(Neo) constitutionalism and internationalization of rights

Eduardo Meier García *

RESUMEN: En este artículo se analiza el (neo) constitucionalismo como paradigma jurídico y político descriptivo de los ordenamientos contemporáneos, que aunque implique algo más que el positivismo jurídico, no será un modelo completo si no asume plenamente el Derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT: *This article analyzes the (neo) constitutionalism as a legal and political paradigm able to describe the contemporary legal systems, which even if it means something more than legal positivism, it will not be a complete model if it does not fully accept international law of human rights.*

PALABRAS CLAVE: Internacionalización, derechos humanos, positivismo jurídico, constitucionalismo, globalización.

KEY WORDS: *Internationalization, human rights, legal positivism, constitutionalism, globalization.*

Fecha de recepción: 31-05-2011

Fecha de aceptación: 10-1-2012

Presentación

Muy recientemente se ha iniciado un debate, aparentemente no exento de importancia y consecuencias prácticas¹, cuya fuente jurídica podríamos ubicar a medio camino entre las corrientes iusfilosóficas y constitucionalistas (en las que confluyen las perspectivas descriptivas y las prescriptivas), que anuncia una "forma política inédita en el continente [europeo]" y que pretende dar cuenta de una "nueva cultura jurídica" o cuando menos de una nueva "teoría del derecho, distinta de la teoría positivista que sirvió de marco

* Abogado. Profesor de la Universidad Metropolitana de Caracas (Venezuela).

¹ En este sentido, Ansuátegui Roig señala que los datos que nos ofrecen los ordenamientos constitucionales y los problemas vinculados a los mismos (distinción reglas-principios, necesidad de una argumentación racional, nueva comprensión de la actividad de la jurisdicción, tensión entre derechos [constitución] y democracia [decisiones de acuerdo con la regla de las mayorías], desarrollo de los mecanismos de control de constitucionalidad sobre el producto normativo del Poder legislativo, entre otros), forman parte de las explicaciones y justificaciones del Estado constitucional. Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional". En: *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, (Vol. 2), (Editor) Zapatero, Virgilio. Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 257.

conceptual al Estado de Derecho decimonónico [o Estado legal de Derecho]”.²

El constitucionalismo contemporáneo ha introducido en el Derecho una serie de cambios profundos y complejos que es necesario analizar desde la perspectiva *iusfilosófica*. De todas las aristas de este término o concepto denominado por algunos como neoconstitucionalismo³ y que ha supuesto un cambio de paradigma en la cultura jurídica y política⁴, tal vez el menos examinado ha sido el proceso de *constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos* y su relación con la *internacionalización de los derechos*.

Igualmente, “...tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de [algunos] Estados y organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, proveen elementos de los cuales se desprende *el despertar de una conciencia jurídica universal*. Esto nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que *afectan a la humanidad como un todo*”⁵.

En estas líneas se abordará someramente el carácter completo o no de una teoría (llámese constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo) que tenga como pretensión anclar todas las dimensiones de los derechos en los poderes de la norma

² Vid. Prieto Sanchís, L. “El Constitucionalismo de los derechos”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 213. Igualmente, Prieto Sanchís, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Trotta, Madrid, 2003, p.123.

³ Bernal Pulido señala que se debe ser muy cuidadoso a la hora de hablar de neoconstitucionalismo, en aras de la claridad y consistencia conceptual, frente a tanta heterogeneidad de autores y de síntesis, de tan diferentes contextos y con tan disímiles puntos de vista sobre el neoconstitucionalismo, por lo que en un principio desaconseja el uso de esta categoría como corriente teórica. Vid. Bernal Pulido, Carlos. “El neoconstitucionalismo a debate”, *Temas de Derecho Público* N° 76, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, Universidad de Externado, Bogotá, 2006, p. 29. Vid igualmente: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Editor), Editorial Trotta, Madrid, 2003; Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Trotta, Madrid, 2007 y Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon constitucional*, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

⁴ Aguiló Regla, Miguel. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”. En: *El canon constitucional*, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 247

⁵ Corte IDH. Caso: Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 16.

constitucional o en los poderes de su órgano interno de interpretación última (tribunales constitucionales o cortes supremas) y nada más; preguntándonos si acaso con ello no solo se desconocería de plano y se violaría el –en muchos casos– constitucionalizado Derecho internacional de los derechos humanos, sino que toda explicación racional sobre la democracia constitucional y el Estado constitucional perdería relevancia e idoneidad, en circunstancias negadoras de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de los criterios establecidos por los órganos encargados de su interpretación.

Si hoy día se reconoce que en las relaciones entre Derecho y poder prevalece un derecho constitucionalizado y un poder del Estado decididamente sometido al derecho, vale la pena indagar si esos derechos humanos internacionalmente reconocidos deben penetrar y transformar al poder político. En ese caso la teoría de los derechos humanos (y la protección de los derechos humanos como principio jurídico preferente) se convierte en una consecuencia lógica del Estado constitucional y del neoconstitucionalismo, que sólo serían conceptual y prácticamente completos si justifican y caracterizan la infranqueable dirección ordenadora y funcionalista de los derechos, orientando a todos los poderes públicos al reconocimiento, respeto y garantía del DIDH, por encima incluso de la teoría de la soberanía y de principios y derechos que se supone inherentes al Estado, como la autodeterminación, la no intervención, la no injerencia y la inmunidad, entre otros.

I. Democracia constitucional: ¿solo un modelo?

La democracia constitucional, como indica Barberis es “...la doctrina que define la democracia en términos de derechos: derechos de libertad, políticos, sociales y de cuarta generación [...]. Para esta doctrina, una democracia respetuosa con los derechos coincide con el Estado constitucional [...], caracterizado por la rigidez de la Constitución y el control de legitimidad constitucional de las leyes”⁶.

Pero desafortunadamente, sólo una cuarta parte de la humanidad goza de la fortuna de vivir en sociedades organizadas como democracias constitucionales. De los treinta países que encabezan el *ranking* mundial elaborado por el Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas (2007/2008), y tienen el mayor PIB *per cápita* del mundo, sólo veinticinco son los que se conocen como democracias constitucionales⁷, con lo cual la realidad pareciera abonar buenas razones para adoptar este modelo que –apartando la ausencia de acuerdo sobre su alcance y contenido–

⁶ Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, 2008, p.81.

⁷ Moreso, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Filosofía y derecho, Madrid, 2009, p.p. 22-23.

como afirma Moreso, es el diseño institucional que aporta mayores garantías de éxito, entendido como bienestar humano⁸.

Las democracias, incluso sus formas más depuradas como las democracias constitucionales, no son perfectas e infalibles, por el contrario, están sometidas siempre a la perfectibilidad en las épocas en que se impone el encausamiento, o a la deriva autoritaria como auténtico desbordamiento de los causes del derecho y de la razón.

Es muy importante precisar asimismo que si bien "...la democracia se ha considerado el medio idóneo para la salvaguardia y el respeto de los derechos humanos [y de los principios democráticos], ello no significa que automáticamente éstos sean respetados en un régimen democrático"⁹.

En efecto, las democracias constitucionales contemporáneas, con sus constituciones sustanciales densamente rematerializadas y tuitivas de los derechos, que gozan –por lo menos en el papel y deseablemente en la acción– de un alto grado de institucionalidad y legitimidad democrática, jurídica y política, son proclives a desconocer el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), con el desconocimiento unilateral de los tratados y de las decisiones jurisdiccionales internacionales. Este es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), lo que la **doctrina ha calificado como protección "a la carta"**¹⁰ para explicar una indeseable fragmentación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) entre Estados plena y voluntariamente sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH y otros que, a pesar de su reconocida condición de democracias constitucionales, no terminan de adherirse al sistema regional.

Asimismo, "es sobradamente conocido que en España sólo se ha ejecutado una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

⁸ Moreso señala que "sin querer establecer un nexo causal [...] parece razonable que en el contexto de un sistema político respetuoso de los derechos individuales, con instituciones democráticas sólidas, generadoras de confianza en los ciudadanos y con división de poderes y respeto del principio de legalidad, las posibilidades para **el bienestar humano, concebido de un modo integral, se incrementan**". Moreso, José Juan. *op.cit.*, 2009, pp. 22-23.

⁹ Úbeda de Torres, Amaya. *Democracia y derechos humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Editorial Reus, Colección jurídica general, Monografías, Madrid, 2007, p. 33.

¹⁰ Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 17-90.

Humanos, la sentencia Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España de 6 de diciembre de 1988¹¹.

Podemos citar también el incumplimiento deliberado y absoluto del DIDH contenido en las decisiones de la jurisdicción internacional, como el de las Sentencias 1.942/03, 1.541/08, 1.939/08 y 1265/08 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que no acata las decisiones de la Corte IDH, o el caso: *Medellín v. Texas* 552 U.S. 2008/5 de agosto, donde la ***Supreme Court*** of the United States desconoce la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; hasta llegar a algunos pronunciamientos judiciales sin efectos jurídicos o, lo que es lo mismo, una serie de ***obiter dicta*** nostálgicos que apelan a conceptos tales como las “condiciones esenciales de la soberanía” o “la identidad constitucional de Francia”, empleados por el Consejo Constitucional Francés, o la evocación de la cláusula “*superiorem non recognoscens*” por la Corte constitucional italiana.

II. El constitucionalismo internacional como concepción racionalista

Paralelamente al fenómeno de la globalización y justamente para paliar su carácter avasallador y evitar que se imponga el poder económico al político y se rehúse el elemento regulativo del Derecho, con sus deseables expresiones de racionalidad, de comunicabilidad y de corrección necesarias en todo sistema jurídico¹², ha surgido un modelo –hasta los momentos virtual– de democracia cosmopolita de carácter supranacional, el ***paradigma del constitucionalismo internacional***.

En efecto, se pueden sostener heterogéneas concepciones del bien y opiniones distintas hasta en el plano ideal, y no sólo de hecho sino también racionalmente, pero algunas respuestas son discursivamente necesarias, como aquellas relativas al núcleo de los

¹¹ Queralt Jiménez, Argelia. ***La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional***, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 55.

¹² Vid. Alexy, Robert. ***La institucionalización de la justicia***. Colección filosofía, derecho y sociedad. Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Editorial Comares, Granada, 2005, p.p 31 y s.s. Señala que las normas jurídicas **debidamente promulgadas y socialmente eficaces [como puede ser una ‘sentencia interpretativa o normativa’ de un tribunal constitucional] que son incompatibles con el núcleo de los derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por tanto, no son derecho**. Esta tesis coincide con la famosa fórmula de Radbruch, que ha sido aplicada por los tribunales alemanes al enfrentarse con el derecho nazi y de nuevo, después de 1989, en las decisiones relativas al derecho de la República Democrática Alemana, especialmente en la primera resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de los denominados tiradores del muro, de 3 de noviembre de 1992”. *op. cit.*, p. 76

derechos humanos básicos; otras son discursivamente imposibles, como las que implican la violación de tales derechos¹³.

En este sentido, el **paradigma del constitucionalismo internacional** sostendría siempre la concepción racionalista de los derechos humanos como posiciones preferentes frente a los poderes político (autoritarismo) y económico (globalización), que en muchos casos son ilimitados: sin más contención que el voluntarismo de los Estados y los vaivenes caprichosos del capital global.

En efecto, desde que la dignidad de la persona y el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales fueron proclamados en la Carta de San Francisco como propósitos fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas y del DIDH, se inició un proceso de transformación en el Derecho internacional, que puso en tela de juicio la anquilosada dependencia de la persona con respecto al Estado, con la afirmación del principio de **dignidad** del ser humano y la primacía y posición preferente de los derechos fundamentales (principio de derechos humanos) y dada la intensa democratización de los Estados desde la segunda post-guerra mundial (principio democrático). Porque, como señala Ansuátegui, la democracia se erigió en el marco natural de los derechos fundamentales, ya que el Poder político democrático es el único capaz de vincularse, autolimitándose, con la moralidad de los derechos, y por ende, el volumen y las exigencias de esa ética mínima son mucho mayores que en otros sistemas. Además, la democracia adquiere sentido a partir del respeto de las exigencias individuales de los seres humanos [incluso más allá de la ciudadanía]. A partir de ahí es importante el paulatino aumento del protagonismo y de la capacidad de actuación del individuo en el ámbito del Derecho Internacional¹⁴.

III. El neoconstitucionalismo como teoría

Se hace mención de un nuevo paradigma con el progresivo afianzamiento, la rematerialización y el carácter invasivo de los textos constitucionales, así como el posicionamiento (privilegiado) de los jueces frente al legislador (**el novísimo binomio "jurisdicción constitucional" y Constitución**), sino que se enfila decididamente a cambios más profundos en el modo de concebir las relaciones políticas, jurídicas y sociales, que apunta a la médula, a la esencia del

¹³ Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia. op. cit.*, p. 83.

¹⁴ Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "La Declaración Universal de Derechos Humanos y la ética pública" En: *Estudios en Homenaje al 60 Aniversario de La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-2008)*, Luis Fernando García Rodríguez (Coordinador), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2008, pp. 21-41.

Estado de Derecho o Estado constitucional: a su desempeño democrático y tuitivo de los derechos fundamentales¹⁵.

Nos referimos al **neoconstitucionalismo** que, como ya se afirma, pretende convertirse en una teoría¹⁶, y en tal sentido deberá acarrear la función de analizar los conceptos y problemas básicos y comunes a distintos sistemas jurídicos, conformar categorías estructurales o formales; en fin, asumir la carga de establecer sus presupuestos fundamentales en el marco de un sistema jurídico y político democrático, que tenga –cuando menos– un carácter general, esto es, sea capaz de elaborar un discurso racional que no se conforme con explicitar o describir la singularidad del constitucionalismo europeo derivado de la segunda posguerra.

Esta última condición (universalidad o generalidad frente a la singularidad geográfica y temporal de un constitucionalismo eurocéntrico) parece advertirla Häberle cuando señala que el Estado constitucional es en la actualidad una obra comunitaria pluri-temporal y pluri-espacial –aunque históricamente haya sido un proyecto europeo-atlántico–, por lo que hay que incluir en la comparación **jurídica, de entrada, y en “clave cosmopolita”, a los países en desarrollo y los “micro Estados”**¹⁷.

Por su parte, debemos mencionar que la utilidad teórica del neoconstitucionalismo como paradigma asociado al Estado constitucional, no ha estado exenta de cuestionamientos. Se ha dicho que no es un nuevo paradigma, ni mucho menos, sino que estamos en presencia de una mera reinterpretación del ordenamiento jurídico, **o que simplemente se trataría de “...una etiqueta vacía que sirve para explicar con un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera”**¹⁸.

En el Derecho parece imposible decir algo rigurosamente nuevo y de lo que se trata, más bien, es de establecer conexiones

¹⁵ Señala Ansuátegui Roig al referirse a los diferentes modelos de Estado de Derecho que, si bien en todos se identifican elementos comunes, no es en cualquier unión o combinación de los conceptos de Estado y Derecho que se configura tal concepto esencialmente controvertido. De allí que su propuesta se encause por la condicionada presencia de los derechos fundamentales que, como específico tipo de instituciones jurídicas, se articulan y condicionan los mecanismos jurídicos y de ejercicio del Poder político en el marco de un determinado ordenamiento jurídico. Vid. Ansuátegui Roig, Francisco Javier. “Las definiciones del estado de derecho y los derechos fundamentales”. En *Sistema*, 158/2000, ARCE, Madrid, 2000, p. 92.

¹⁶ Vid. Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Carbonell, Miguel (Editor), Madrid, 2007, pp. 9-11.

¹⁷ Häberle, P. *El Estado constitucional*, Astrea, traducción Héctor Fix-Fierro, Buenos Aires, 2007, p. 442

¹⁸ Carbonell, Miguel. *op.cit.*, 2007, p. 9.

modestamente inéditas de viejos fenómenos que gracias a ellas pueden explicarse mejor¹⁹.

No obstante, este nuevo paradigma jurídico y político pretende explicar la dinámica acaecida en los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales contemporáneas, en las que tal esclarecimiento resultaría escueto si sólo apeláramos al positivismo jurídico. De modo tal que el neoconstitucionalismo se asume *-inter alia-* como una fórmula descriptiva del Estado constitucional, "fórmula política liberal democrática propia de los países occidentales y que, de una manera más o menos costosa, se abre paso en el resto del mundo"²⁰.

Además, lo que supondría una novedad dentro del estudio del Estado Constitucional, es advertido por Carbonell²¹ como aquella explicación de conjunto. En otras palabras, la novedad estaría en los efectos de los neoconstitucionalismos, la observación de la combinación de los tres elementos en pleno desarrollo, esto es, el Estado constitucional de Derecho en completo funcionamiento. Tales elementos serían: (i) la presencia de *constituciones materiales*, con alto grado de sustantividad normativa, que condicionan la actuación del Estado; (ii) las *prácticas jurisprudenciales innovadoras*, adaptadas a la teoría de la argumentación jurídica y según cánones o parámetros de interpretación nuevos, que emanan de las estructuras judiciales de más alto nivel de los sistemas jurídicos y que normalmente son consecuencia de la justiciabilidad de los derechos fundamentales; más concretamente, de los enunciados normativos constitucionales, en sintonía con el modelo de Constituciones garantizadas y con un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación y grado de indeterminación (valores, principios, derechos o directrices) que exigen una tarea interpretativa más compleja y; (iii) los *desarrollos teóricos novedosos* que no sólo se conforman con describir el fenómeno jurídico (carácter descriptivo), sino más intensamente aún, a crearlo (carácter prescriptivo), con auténticas aportaciones, que en palabras de Ferrajoli "operaría[n] como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficientes o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto"²².

¹⁹ Nieto, Alejandro. *El Arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 10.

²⁰ Prieto Sanchís, L. *Ley, principios y derechos*. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", nº 7, Universidad Carlos III de Madrid, Dikynson, Madrid, 1998, p. 32.

²¹ Vid. Carbonell, Miguel. *op.cit.*, 2007, pp. 9-12.

²² Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, 3ª Edición, 2002, Madrid, p. 33. En este sentido, Nino señala que casi nunca el dogmático es consciente de su función creadora del derecho, por lo cual su esfuerzo de hallar fundamentación legal para las soluciones que propone, responde

Precisamente esas conexiones explícitas serían las que a una **"teoría del neoconstitucionalismo"** interesaría revestir de los alcances dogmáticos necesarios, que le permitan marcar distancia con las teorías positivistas de la primera mitad del siglo XX o demarcarse del constitucionalismo clásico, y principalmente, presentar en términos coherentes su tesis constructiva del ordenamiento jurídico.

No obstante, para que el neoconstitucionalismo sea reputado como una determinada teoría del derecho, no sólo será suficiente con su concebida perspectiva normativa, la vocación de prescribir un ***deber ser*** universalizable, sino que requerirá una buena dosis de sistematización.

Además, como apunta Nino al referirse al significado de la palabra "ciencia", tal pretensión exigirá ***"...indicar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, son relevantes para la identificación de la actividad científica y señalar también las relaciones y jerarquía de estas características"***²³, y de allí ***"cumplir con la función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos"***²⁴.

El neoconstitucionalismo exige para ser reputado como una teoría constitucional autónoma construir un sistema de soluciones coherentes, de conceptos útiles, capaz de reformular y reconstruir el

generalmente a la creencia sincera de que las mismas se hallan incluidas de alguna manera, a veces misteriosa, en el sistema jurídico vigente y que su función consiste en descubrirlas. De tal manera que la aceptación dogmática del derecho positivo y la propuesta de soluciones valorativamente adecuadas no presenta generalmente para el jurista un conflicto de ideales, aunque de hecho su adhesión al derecho tal como fue formulado se resienta. Vid. Nino, Carlos Santiago. ***Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal***, UNAM, México, 1989, pp. 33-34. Igualmente, Susana Pozzolo colige que si la ciencia tiene la tarea de reformular y reconstruir el ordenamiento jurídico, ayudando a los juristas prácticos a solucionar los problemas que surgen de la interpretación y aplicación del derecho, debe usar conceptos normativos, conceptos que sin ser formulados en una perspectiva descriptiva tomen en consideración el contenido obligatorio del derecho. Pozzolo, Susana. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa* 21, 1998, p. 344.

²³ Nino, Carlos Santiago. ***Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal***, UNAM, México, 1989, p. 12.

²⁴ Nino, Carlos Santiago. ***Consideraciones sobre la dogmática jurídica...op.cit.***, 1989, p. 33. Señala Nino que para cumplir con tan importante función el dogmático utiliza un aparato conceptual y retórico que permite ofrecer soluciones con un alto grado de conformidad con criterios valorativos presentados, al mismo tiempo, como derivados del derecho positivo. Igualmente, Ansuátegui Roig se pregunta hasta qué punto los datos suministrados por los ordenamientos jurídicos preceden a la reflexión doctrinal o son en realidad el resultado de ésta. Vid. Ansuátegui Roig, Francisco Javier. ***"Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional"***. En: ***Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Miguel García San Miguel***, (Vol. 2), (Editor) Zapatero, Virgilio. Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 263.

ordenamiento del Estado, y aportar soluciones desde la dogmática a los juristas prácticos (incluyendo los jueces y el legislador) que deben a su vez aportar soluciones a los problemas reales.

IV. Constitución y Constitucionalismo

De entrada se impone reconocer que los conceptos de Constitución y de Constitucionalismo son conceptos esencialmente controvertidos (*Essentially Contested Concepts*),²⁵ y que en su caso pueden contener una pluralidad de significados, que no es extraño que a su vez puedan entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.

Cuando se habla de *constitucionalismo*, nos advierte Atienza, hay que empezar por aclarar que la expresión es ambigua, puede referirse tanto al fenómeno como a la manera de conceptuarlo, tanto a un proceso de cambio que está teniendo lugar en el derecho, como a su plasmación en el ámbito del pensamiento jurídico²⁶. Así como el concepto de Constitución no puede ser entendido y establecido sin vincularlo con el *constitucionalismo*, éste último no puede ser acotado sin precisar lo que entendemos por Constitución en el *constitucionalismo*.

De allí que más que superar las considerables ambigüedades conceptuales o polisemias, intentaremos, como hace Barberis, una neta re-definición de los dos términos, o lo que es lo mismo, posibles y óptimas definiciones. Así '*constitucionalismo*' asumiría el sentido normativo de ideal de la limitación jurídica del poder, mientras que '*Constitución*', por el contrario, debe ser usado sólo en el sentido cognoscitivo de constitución material, funcional y sustancial, constituciones que podrán ser después valoradas positiva o negativamente sobre la base de los valores del constitucionalismo²⁷.

Para muchos no resulta tan evidente que Constitución y constitucionalismo no sean expresiones similares. Para la ciencia del Derecho Constitucional la Constitución es la regla fundamental que da

²⁵ Vid. Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "Las definiciones del estado de derecho y los derechos fundamentales". En: *Sistema*, 158/2000, ARCE, Madrid, 2000, pp. 92-93.

²⁶ Atienza, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. *El canon constitucional*, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 264.

²⁷ Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, 2008, p.137.

identidad a un ordenamiento. Cosa diversa es el **constitucionalismo** que designa un movimiento político, filosófico y cultural²⁸.

Si bien constitucionalismo es un vocablo culto y semi-técnico: una palabra acuñada por estudiosos para otros estudiosos y, como tal, aparentemente inadecuada para suscitar pasiones populares²⁹, la palabra Constitución forma parte del lenguaje coloquial, está en la boca del ciudadano común, es de uso corriente en regímenes **auténticamente democráticos, como en los que el "garantismo" y el** constitucionalismo se reducen dramática y gradualmente y en los que finalmente la Constitución es una mampara, una fachada que esconde o camufla la realidad.

La idea misma de Constitución es anterior a su concepto, que surge como el nacimiento del Estado de derecho a finales del siglo XVIII. Son múltiples los significados y matices dados al término Constitución, y aunque su empleo es común en el lenguaje jurídico, su connotación política es incuestionable. La noción de ley fundamental tendría, según Guastini³⁰, cuatro significados principales: (i) como todo ordenamiento político de tipo liberal; (ii) un cierto conjunto de normas jurídicas que caracterizaría e identificarían todo ordenamiento; (iii) como un documento normativo y nada más; y (iv) finalmente como un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, o sea, de un peculiar régimen jurídico.

La Constitución es también un modo de ordenación de la vida social, en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. Se trata de la Constitución democrática, la Constitución material, donde no es posible –desde luego– el despotismo de apariencias constitucionales³¹.

La Constitución tiene como objeto inicial y final la libertad, en tanto se ha erigido como la única forma válida de limitación del poder, y como se vio, sólo ese concepto de Constitución ha permitido

²⁸ Barbera, Augusto. "Le basi filosofiche del costituzionalismo". En: *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, coordinati da Augusto Barbera e Gianfrancesco Zanetti, Editorial Laterza, 6ª edición, Bari, 2004, p. 3.

²⁹ Barberis, Mauro. *Ética para juristas, op. cit.*, p. 135.

³⁰ Guastini, R. "Sobre el concepto de constitución". En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Editor), Trotta, IJ-UNAM, Madrid, 2007, pp. 15-16

³¹ Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 25.

la limitación jurídica del poder como afirma Aragón Reyes³², siendo que allí donde la Constitución tiene por objeto la libertad, haya existido y exista el Derecho constitucional, en cuanto que éste no es más que la "técnica jurídica de la libertad".

En efecto, el **constitucionalismo** es una técnica jurídica de la libertad, por medio de la cual se asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar³³.

Pero el término "Constitución", en un sentido liberal, que aparece en un primer momento como límite al poder político, que sin embargo hoy en día no es suficientemente explicativo, denota no cualquier organización, sino una liberal y garantista, es algo más. Como señala Guastini todo Estado estaría provisto de Constitución, mientras los Estados liberales son Estados constitucionales, los Estados despóticos no son Estados constitucionales, por carecer de Constitución, porque un Estado puede llamarse constitucional, únicamente cuando satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): (i) garantiza los derechos ciudadanos en sus relaciones con el Estado y (ii) los poderes del Estado están divididos y separados³⁴.

Hasta ahora lo que hemos manejado no es un concepto ideológico de Constitución, sino un concepto "adecuado", como el único eficaz de Constitución y allí le sobra razón a Aragón Reyes³⁵ cuando señala que ello es capital en el constitucionalismo, porque sólo -lo que este autor denomina- la **"Constitución constitucional"** [o la Constitución del constitucionalismo], [el constitucionalismo de los derechos o, si se prefiere, Constituciones materiales garantizadas³⁶], pareciera ser el único paradigma capaz y cualificado para realizar su objetivo limitador y garantizador, que es el objetivo por antonomasia del Derecho, por supuesto, el objetivo final del Derecho internacional de los derechos humanos.

³² Aragón Reyes, R. "La constitución como paradigma". En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Editor), Trotta, IJ-UNAM, Madrid, 2007, p. 35

³³ Matteuci, Nicola. "Voz 'constitucionalismo'". En: *Diccionario de Política*. Bobbio, N., Matteucci, N y Pasquino, G (Directores), Vol. I, 12ª ed., Siglo XXI, México, 2000, p. 336.

³⁴ Guastini, R. "Sobre el concepto de constitución". En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Editor), Trotta, IJ-UNAM, Madrid, 2007, pp. 16-27.

³⁵ Aragón Reyes, R. "La constitución como paradigma". *op.cit.* 2007, p.35

³⁶ Prieto Sanchís, L. "El Constitucionalismo de los derechos". En: *Teoría del neoconstitucionalismo*, Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 213.

IV.1. La Constitución del constitucionalismo

La **Constitución del constitucionalismo** es una constitución en sentido material, como conjunto de normas fundamentales, de organización política y regulación de la democracia, donde rige un Estado Constitucional efectivamente limitado por el Derecho. Los derechos fundamentales o humanos son exigencias éticas universales y necesarias para que el Estado constitucional y el **constitucionalismo** dejen de ser expresiones más o menos abstractas y entusiastas de un fenómeno jurídico contemporáneo.

Los derechos fundamentales son la clave del Estado constitucional, el marco ideal y conceptual del constitucionalismo, pero también y especialmente, la vara con que se miden el efectivo cumplimiento y la materialización del principio de derechos humanos y de los principios democráticos.

Más allá de que el Estado esté provisto de una Constitución interesa la eficacia de ese texto, la verdadera y substancial articulación de los derechos y garantías de la persona. Más allá de los fenómenos teóricos que pretenden explicarse con fórmulas tales como: **neoconstitucionalismo**, **paradigma constitucionalista**, **constituciones densamente rematerializadas**, en fin, lo que interesa es el disfrute real de los derechos, que la Constitución y el **constitucionalismo** rijan como tal, más allá de cualquier adorno o floritura.

Los derechos fundamentales son considerados como **leyes del más débil**, como instrumento de lucha frente al absolutismo de los poderes públicos, o frente al absolutismo de concepciones comunitarias o corporativistas, o de concepciones de supremacía de la voluntad general (como el transpersonalismo totalitario), excluyentes del principio de respeto a las minorías, cuando la verdad es que las Constituciones y su sistema de valores y derechos fundamentales se articulan para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular.

Las Constituciones no son para homogeneizar cultural y políticamente, e instrumentalizar al individuo o crear una identidad colectiva unívoca o adoctrinar una cohesión social, impuesta siempre por los que son política, social o económicamente más fuertes (**la ley del más fuerte**), las Constituciones son códigos de derechos fundamentales o humanos, contenidos y principios democráticos para

garantizar la convivencia pacífica entre sujetos virtualmente en conflicto³⁷.

También en el sentido de un concepto "adecuado", como el único eficaz, es de hacer notar, como lo hace Ansuátegui,³⁸ que los derechos constituyen una realidad pluridimensional, y justamente es una realidad plural y compleja, el germen del cual se desprende una complejidad que implica una multiplicidad de perspectivas posibles, las cuales son necesariamente interdependientes. No obstante es el enfoque jurídico el que primordialmente interesa a los juristas y a efectos prácticos y para que la discusión no sea estéril, nos ubicaremos justamente en el enfoque jurídico de los derechos fundamentales o derechos humanos, sin entrar en la muy manida discusión, relativa a si los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados o si los derechos humanos sólo serían los contenidos en declaraciones o tratados internacionales.

El **constitucionalismo** es un movimiento del pensamiento que desde sus raíces estuvo orientado a perseguir una finalidad política concreta, consistente esencialmente en la limitación del poder público y en la afirmación de la esfera de autonomía normativamente garantizada³⁹.

En efecto, el **constitucionalismo** se refiere a esos límites implícitos y explícitos, al proceso de elaboración de las decisiones políticas estatales, límites que pueden ser procedimentales o sustantivos; esto es, pueden determinar de qué forma tomar decisiones e impulsar cambios (procedimentalismo), o directamente bloquear ciertos tipos de cambio (sustantivismo). El constitucionalismo define la forma y los límites adecuados de la acción del Estado, y su conformación y configuración a lo largo del tiempo como un conjunto de doctrinas y prácticas que han contribuido de manera decisiva a inaugurar uno de los principios centrales del liberalismo europeo: que el alcance del Estado debe restringirse y su práctica acotarse con el objetivo de asegurar a cada ciudadano el máximo grado de libertad posible⁴⁰.

³⁷ Ferrajoli, L. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonell, Miguel (Edit.), Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 28.

³⁸ Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "La Declaración Universal de Derechos Humanos y La ética pública". En: *Estudios en Homenaje al 60 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-2008)*, Luis Fernando García Rodríguez (Coordinador), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2008, pp. 21.

³⁹ Fioravanti, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Editorial Laterza, 1ª edición, Bari, 2009, pp. 5-69.

⁴⁰ Held, David. *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 73

En un principio el Constitucionalismo se entendió como aquella doctrina de la garantía de los derechos básicos y de la organización separada de los poderes que podía asegurarse simplemente a través de una Constitución. A lo anterior debe agregarse que hoy se **entiende por "constitucionalismo" [aunque algunos autores precisen que se trataría más del "neoconstitucionalismo"] no sólo la neta presencia de una Constitución, sino la institucionalización jurídica de su supremacía sobre cualquier otra norma.** Tal principio de supremacía de la Constitución está garantizado mediante dos instituciones características del modelo americano: por un lado, (i) la rigidez constitucional, es decir, la imposibilidad o la mayor dificultad de reforma de la norma constitucional en comparación con las leyes ordinarias (la mayor dificultad procede generalmente de la exigencia de mayorías parlamentarias reforzadas, a las que pueden sumarse requisitos como el referéndum, la ratificación parlamentaria, la aprobación por la totalidad o un alto número de los Estados federados, etc.); y, por otro lado, (ii) la previsión de algún sistema de control judicial de revisión de la constitucionalidad de las leyes⁴¹.

El **constitucionalismo** es referido como aquella teoría política y la práctica que de ella deriva, que postula que las facultades de gobierno deben ser estructuradas y limitadas por una Constitución vinculante, que incorpore a su vez ciertos principios básicos, y en la que están plenamente garantizados la protección de los valores humanos como la libertad y la dignidad de las personas⁴².

Así, si el principio de legalidad formal es el postulado del positivismo jurídico clásico, conocido como mera legalidad, por el contrario, el **paradigma constitucionalista** es el que domina en el derecho contemporáneo y tal como se ha configurado a finales del siglo pasado y comienzos de éste, en los ordenamientos estatales democráticos con la generalización de las Constituciones rígidas y, en perspectiva, en el derecho internacional con la sujeción de los Estados a las convenciones sobre derechos humanos, permiten concebirlo como un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista⁴³.

⁴¹ Ruiz Miguel, Alonso. "La democracia constitucional". En: *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 253.

⁴² *The new Oxford companion to law*, Editado por Peter Cane y Joanne Conaghan, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 209-210.

⁴³ Vid: Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de A. de Cabo y G. Pisarello, AA.VV, Trotta, Madrid, 2001. Señala que "[l]a mera legalidad operaba como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, conforme al cual una norma jurídica, independientemente de su contenido, existe y es válida en virtud exclusivamente de sus formas de producción. La afirmación de este postulado provocó un radical cambio de paradigma respecto del derecho premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir, entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho

En el derecho contemporáneo, el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino fundamental y principalmente sustanciales, impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones⁴⁴.

Recapitulando lo expresado hasta ahora, vale precisar que al referirnos al constitucionalismo lo haremos en función de una teoría capaz de explicar la realidad jurídica de forma útil y adecuada, así como de dar cuenta e incidir en los complejos y acuciantes problemas de hoy, como la redistribución de la riqueza, la reducción de las desigualdades, la gestión de los flujos migratorios mundiales, la reducción de los riesgos contra el medio ambiente y la erradicación de las redes transnacionales de terrorismo⁴⁵, entre otros, por lo que tendremos que apelar a algo más que los textos constitucionales y a lo que dicen de ellos sus máximos intérpretes.

Regularmente se dice que en el modelo normativo del Estado constitucional de derecho, que adopta la definición mixta de democracia, el crecimiento de la democracia *necesariamente* implica una mayor implementación de los derechos fundamentales, así como una mayor garantía de los derechos fundamentales *necesariamente* implica una ampliación de la democracia⁴⁶.

Pero en los complejos sistemas que definen los actuales Estados constitucionales, no basta una aproximación puramente normativista o una aproximación puramente realista. Si se quieren evitar contradicciones y aporías, ambas representaciones corren el

existente. En el denominado derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, **del hecho de ser "puesta" por una autoridad competente en la forma prevista para su producción.** (*Ibidem.*, pp. 52-53).

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. *ob. cit.*, 2001, pp. 52-53.

⁴⁵ Trujillo, Isabel. "*Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*", Editorial Il mulino, Bolonia, 2007, pp. 7-193.

⁴⁶ Comanducci, Paolo. "*Derechos humanos y democracia*". En: *Teoría de la Justicia y los Derechos Fundamentales*, Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, p. 367.

riesgo de ofrecer una representación del derecho falsa por incompleta, parcial y distorsionada⁴⁷.

En una interesante condensación de las posibilidades de la noción de constitucionalismo, Barberis señala que (i) **terminológicamente, "constitucionalismo" indica el valor, y también la doctrina (normativa) de la limitación jurídica del poder político, a diferencia de "constitución",** que debería indicar un instrumento para la limitación del poder y el objeto de la doctrina constitucional, mientras que (ii) **deontológicamente, "constitucionalismo" indica un ideal, pero un ideal realizable, e incluso en buena parte realizado,** al menos en Occidente, quizás incluso el único de los valores occidentales que se presta realmente a ser exportado –aunque pacíficamente, si no casi exclusivamente con el ejemplo– porque se corresponde también con ideas no-occidentales de regularidad y orden en el gobierno. Finalmente, desde un punto de vista (iii) **axiológico,** el constitucionalismo no sólo es un valor instrumental; puede ocurrir que éste prevalezca de hecho, y deba prevalecer de derecho, también sobre la justicia⁴⁸.

Pero lo más destacable de la teoría del Derecho constitucional y más concretamente de la teoría del constitucionalismo, es que imposibilitaría hoy día (como sí lo permitió el positivismo decimonónico), defender tesis tales como el estatismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo⁴⁹, o el nacionalismo constitucional y el transpersonalismo totalitario. En ello incide la tendencia a asimilar **la legitimidad constitucional a la justicia;** no obstante la posibilidad de un derecho injusto es sólo reducida, no excluida, por las instituciones del Estado constitucional. La rigidez y el control de legitimidad constitucional sólo pueden reducir la posibilidad de leyes injustas, no eliminarla del todo⁵⁰.

El constitucionalismo es una idea que se ha realizado en parte en los Estados occidentales, pero sólo en parte, si no echemos una mirada a los desajustes estructurales y contingentes que viven hasta las democracias constitucionales.

Según la **concepción iuspositivista de la legitimidad constitucional,** por el contrario, el control de legitimidad no se justifica ciertamente porque la Constitución pueda considerarse una suerte de derecho natural sino, justamente al contrario, porque se

⁴⁷ Ferrajoli, L. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2008, pp. 42-43.

⁴⁸ Barberis, Mauro. *Ética para juristas*. Editorial Trotta, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, 2008, p.160.

⁴⁹ Atienza, Manuel. "Argumentación y constitución". En: *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Iustel, 1ª edición, Madrid, 2007, p.117

⁵⁰ Barberis, Mauro *Ética. op. cit.*, 2008, p.160.

trata siempre de un derecho positivo, como tal no necesariamente justo. El constitucionalismo, en este sentido, no lleva a cuidarse sólo **de las leyes, sino también de la misma Constitución**"⁵¹.

IV.2. La globalización y los arquetipos constitucionales

Con razón se señala que la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social se consideran componentes consustanciales y complementarios, necesariamente conjugados entre sí y agregados al constitucionalismo, desde el momento en que el sentido y la dirección de los mismos es fundamentalmente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social⁵².

La desigualdad y la exclusión, en fin, la pobreza son males probados de la ausencia de políticas públicas y del ejercicio avieso y arbitrario del poder, de un poder que en muchas latitudes se ha distanciado del constitucionalismo, dejando de lado su principio democrático y la posición preferente de los derechos fundamentales.

En efecto, la situación del mundo globalizado, como señala Atienza, probablemente no sea sostenible a mediano y largo plazo, especialmente por la sobreexplotación indiscriminada de sus recursos, pero también por la injusticia que acusa la situación en que una minoría de individuos vive en la opulencia, en el derroche y la exclusión, mientras un 80% restante sufren graves carencias estructurales, no cuentan con un mínimo de ingresos, con una deseable renta básica universal. De allí la exigencia **moral "de llevar las instituciones del constitucionalismo (las instituciones surgidas para implementar la protección de los derechos humanos y asegurar un ejercicio democrático del poder) al ámbito mundial..."**⁵³.

En este nuevo mapa transfronterizo de desigualdades y exclusiones es innegable que el Estado y sus diseños institucionales y arquetipos constitucionales [Estado de Derecho y Estado Constitucional], son protagonistas de primer orden, que no obstante seguirán perdiendo su razón de ser si no comienzan a ocuparse seriamente de las innumerables personas que viven con menos de un dólar al día, de la proporción de gente que sufre de hambre, enfermedades y mortalidad infantil, de la precariedad de la educación

⁵¹ *Ibídem.*

⁵² Aguiló, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, p. 108.

⁵³ Atienza, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. *El canon constitucional*, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 280-281.

y de los servicios de salud primaria, así como de los objetivos de preservación del medio ambiente y de la biodiversidad.

El Estado necesita a menudo reformas, precisamente para ceñirse mejor a objetivos y propósitos de carácter público⁵⁴. En especial, suprimir o paliar la brecha de la desigualdad social y económica, y en esto es fundamental el desarrollo económico, en el que los seres humanos, como señala Sen⁵⁵, lejos de ser instrumentos, de ser cosificados por las estructuras burocráticas el Estado, son un fin que busca la ampliación de las capacidades humanas para realizar actividades elegidas y valoradas libremente, pues lo que importa es la libertad real de las personas, la capacidad para conseguir realizaciones valiosas.

Los mecanismos en que opera la globalización de la pobreza, como explica Reinert, deben comenzar con una análisis crítico de los desafíos actuales (*verbi gratia* los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas), que atacan los síntomas pero no las causas profundas de la pobreza, y parecen estar demasiado sesgados hacia la economía paliativa, destinada a aliviar los dolores de la pobreza más que a facilitar cambios nacionales y globales, estructurales y fundamentales, que dé lugar a un auténtico desarrollo económico, que evite un colonialismo del bienestar paralizante en el que los países más ricos mantienen la subyugación política de los más pobres⁵⁶.

Así como debería ocurrir en materia económica, es necesario **que la "Teoría del constitucionalismo" y la "Teoría de la democracia"** fomenten la democracia constitucional sobre cambios estructurales fundamentales, sobre la institucionalidad democrática, que es racionalidad del ejercicio del poder y de la dimensión de Derecho. Si bien el desarrollo económico y social como estadio previo al desarrollo humano integral, requiere un desarrollo efectivo y no transferencias pasivas que se convierten al final en colonialismo encubierto, el cambio radical del constitucionalismo contemporáneo exigirá desistir de la disyuntiva, o dilema (real o aparente) entre

⁵⁴ Giddens, Anthony. *Europa en la era global*. Editorial Paidós, Colección Estado y Sociedad, número 153, Barcelona, 2007, p. 142.

⁵⁵ Sen, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Introducción de Damián Salcedo, Pensamiento Contemporáneo, número 48, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, p. 80.

⁵⁶ Reinert explica cómo el libre comercio provoca en ciertos contextos el empobrecimiento de los pueblos y sin embargo los gobiernos occidentales siguen insistiendo complacidos en él y ofrecen más ayudas como incentivos para aceptarlo. Así, las buenas intenciones del libre comercio global esconden y encubren, tras aquel idealismo y generosidad, una realidad estrambótica y a veces criminal y corrupta. Reinert, Erik S. *La globalización de la pobreza: cómo se enriquecieron los países ricos... y por qué los países pobres siguen siendo pobres*. Traducción castellana de Juanmari Madariaga, Barcelona, 2007, pp. 3-131.

racionalidad y voluntad, que al final sólo sirve para explicar una **especie de "colonialismo" jurídico** del poder, la estatización y burocratización de las decisiones jurídicas y la politización del derecho, que esconden siempre una falta de racionalidad en la voluntad general.

Porque al final el Derecho se dirige al desarrollo humano integral, procura la concreción de todas las dimensiones de la dignidad humana, y para ello, debe delinear la voluntad del Estado, encausar el poder (y si es necesario, dominarlo), racionalizar la democracia sin pedir de más y frustrar sus expectativas, pero tampoco bloqueando los cambios que hemos denominado estructurales. Sólo así es concebible una auténtica democracia constitucional, una democracia de prudencia y equilibrios recíprocos entre el Poder y el Derecho.

Por eso es tan importante toda forma de racionalización del poder por el Derecho. Nadie duda sobre el carácter controvertido del discurso y el papel del Estado⁵⁷ en las sociedades democráticas, en las que la autoridad estatal legítima proviene de su carácter racional y de la responsabilidad de las instituciones encargadas por la comunidad política para actuar autoritativamente en ciertas áreas, mientras que queda prohibida su intervención en otras⁵⁸.

El constitucionalismo, como paradigma asociado al Estado constitucional, se explica en la medida que aquél refleje un esfuerzo por establecer una relación razonable entre los encargados de la autoridad del Estado y los que no lo son⁵⁹.

V. La supra-estatalidad normativa de la *Constitución del constitucionalismo*

Como se afirmó, la *Constitución del constitucionalismo* "lleva a cuidarse también de la misma Constitución"⁶⁰, lo que quiere decir que la *supremacía constitucional* atiende principalmente a la *supremacía de los derechos*, responde a una supra-estatalidad normativa que gravita en torno a una posición ideológica de corte antropocéntrico, a una posición jurídico-política *pro homine* o *pro personae*, que da aplicación preferente al principio de protección de los derechos humanos y de promoción de los principios democráticos.

La *Constitución del constitucionalismo* jamás apelaría a la razón de Estado y a la demás prerrogativas conferidas al Estado, a la

⁵⁷ Gregg, Samuel. *La libertad en la encrucijada: el dilema moral de las sociedades libres*, Madrid, Ciudadela Libros, S.L., Madrid, 2007, p. 131.

⁵⁸ *Ídem*, p. 145.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

protección de un derecho a la soberanía, a la autodeterminación o a la no interferencia –entre otros principios atinentes al Estado, a la Nación o al Estado-nación–, cuando la verdad es que el Derecho pretende penetrar y transforma positivamente al Poder, y en su caso la supra-estatalidad normativa tiene como última *ratio* a la persona humana, el Derecho internacional de los derechos humanos está dispuesto para reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.

En efecto, así como no existe un concepto unívoco de Estado de Derecho o Estado Constitucional, ni su desempeño podría ser homogéneo para todos los Estados del orbe, toda vez que, desde luego, no es el mismo en todas partes, y al no coincidir la Constitución de los Estados nacionales –que tampoco puede ser norma suprema en la misma medida en todas las latitudes⁶¹– genera una serie de problemas que se manifiestan directamente, y exigen soluciones de índole jurídica y política.

Una de esas soluciones se estaría materializando en los reiterados intentos de extender más allá del Estado los principios y las instituciones del constitucionalismo, así como en imponer a las Constituciones de los Estados nacionales el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Pensemos en una Constitución abierta o armonizadora del DIDH, que en ese sentido impulse al constitucionalismo, no sólo a cuidarse de las leyes y de la misma Constitución,⁶² sino de la interpretación que hagan los sujetos competentes en el sistema jurídico, esto es, los jueces nacionales o jurisdicciones constitucionales, sobre la viabilidad o no del DIDH en el orden interno, sobre su alcance y sobre cómo debe entenderse en el derecho interno las prescripciones internacionales sobre derechos humanos.

Por el contrario, una Constitución cerrada o excluyente del DIDH, sería, parafraseando a Nino, “[una] Constitución como carta de navegación”⁶³ incompleta y con destino incierto para la democracia y los derechos fundamentales. Sería una Constitución incompleta si no incorporara el DIDH, ya sea de forma directa (ejecución *stricto sensu*) o en sus efectos interpretativos (pro futuro y *erga omnes*) en sede judicial.

⁶¹ Zagrebelsky, G. “Jueces constitucionales”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*, Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Trotta, 2007, Madrid, p. 92

⁶² Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, 2008, p. 160.

⁶³ Nino, Carlos S. *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 1.

En la actualidad la ausencia de reconocimiento de este control externo sobre las bases jurídicas e institucionales que sustentan la autoridad del Estado, ponen en jaque todo el sistema de legitimidad sustentada en una relación política y jurídica que sea respetuosa con los derechos, porque constituye en sí mismo la propia negación de los derechos, la negación de un esfera de los derechos, como es la dimensión del DIDH.

La negación del DIDH, tanto de sus normas convencionales, así como el desconocimiento de los mecanismos de garantía y supervisión de las obligaciones internacionales (sentencias, medidas cautelares o provisionales, informes, recomendaciones, visitas *in loco*, etc.) traen consigo consecuencias ineludibles sobre la legitimidad de la autoridad del Estado, y suelen generar un clima de impunidad fáctica y jurídica, que se refleja en manifestaciones de violencia, mayor iniquidad y exclusión de los sectores estructuralmente vulnerables (minorías, desplazado, mujeres).

Bien es sabido que el **constitucionalismo** es una ideología, una concepción de la autoridad legítima. En tal sentido, en el marco de sus exigencias intrínsecas, el constitucionalismo sólo admite alcanzar una relación política y jurídica que sea respetuosa con los derechos.

Ya lo hemos advertido, la **Constitución del constitucionalismo** no es cualquier texto normativo, su contenido material no puede estar exento de racionalidad y de prudencia, y tener como premisa fundamental el valor axiológico y el compromiso ético de los derechos fundamentales y los principios democráticos.

Como afirma Aragón “[n]o es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles⁶⁴.

⁶⁴Vid: Aragón, Manuel. **Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control**. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. Señala Aragón que: “La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (Drittwirkung), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del ombudsman), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de **asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación [...] de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos de control.**” (*op. cit.*, pp. 41-42).

De ahí que estos controles se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad⁶⁵.

La **Constitución del constitucionalismo** debe tener una clara vocación universalista, racional e imparcial, nada puede primar sobre los aspectos racionales e imparciales, pues si eso ocurre, entonces difícilmente puede pensarse que una Constitución supera las exigencias del constitucionalismo. La Constitución no puede verse como un mandato, ni como un contrato⁶⁶.

En línea con lo anterior, el constitucionalismo es una ideología que puede caracterizarse a partir de estas dos notas: (i) sitúa el "reconocimiento" de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos desempeña un papel central en la justificación de la acción política jurídica de la comunidad de referencia; (ii) recurre a la forma constitucional –entendida como opuesta a la forma legal ordinaria como la garantía de ese papel atribuido a los derechos–. Estas dos características hacen que la Constitución del constitucionalismo no pueda verse como una mera función del poder político existente en un momento dado; como un mero intento de perpetuar una dominación política. En este sentido, la Constitución formal o tiene un fuerte componente de liberación política o no es Constitución según el constitucionalismo⁶⁷.

El "reconocimiento" de los derechos, que el constitucionalismo coloca al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político, les confiere a los derechos fundamentales un papel central de fundamentación o justificación, valen para fundamentar la obligación política, sirven para establecer bajo qué condiciones el individuo de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado o reconocido.

El constitucionalismo en tanto ideología de los derechos contiene una teoría de la justicia. Como asevera Aguiló, en el centro de las discusiones del Constitucionalismo, está el poder político que sólo fundado en los derechos fundamentales es poder político legítimo, es autoridad legítima, tiene título para ordenar y lo ordenado es obligatorio. Por eso se dice que el constitucionalismo, en cuanto ideología de los derechos, es una concepción de la autoridad legítima. Pero los derechos también sirven para fundamentar los

⁶⁵ *Ibídem.*

⁶⁶ Aguiló, Josep. *La Constitución del estado constitucional*. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo Palestra –Temis, Lima-Bogotá, 2004, pp. 123-124.

⁶⁷ Aguiló, Josep. *op.cit.*, 2004, p.107.

límites del poder político, esto es, lo que el poder político puede y no puede ordenar legítimamente⁶⁸.

En definitiva, en el constitucionalismo de los derechos sólo es legítima una Constitución que exige al poder político que sea autoridad legítima, que se legitime de cara al control externo del poder ejercido por el DIDH. La constitución del constitucionalismo aboga por la supra-estatalidad normativa y por la **supremacía constitucional** en tanto **supremacía de los derechos**.

VI. La internacionalización del constitucionalismo

Tal como advirtiéramos preliminarmente, el constitucionalismo, siguiendo a Ansuátegui⁶⁹, es una propuesta filosófica en torno a la necesidad de limitar el poder como exigencia del reconocimiento y garantía de los derechos de los individuos, y en tal sentido presenta una vocación expansiva, que puede explicarse desde diferentes perspectivas. No obstante aquí nos interesa considerar la constitucionalización del ámbito internacional en el marco de un discurso cosmopolita.

Hay que reconocer, como lo ha hecho la doctrina, que el discurso sobre la ampliación del escenario constitucionalista –además de no ser un discurso doctrinariamente pacífico– va más allá de los confines de los Estados (escenario natural en el que hasta ahora se ha venido desarrollando), porque resulta obvio (y así lo exige la realidad) que la lógica de la limitación del poder y del desarrollo y realización de los derechos –esencia de proyecto constitucionalista– trasciende a las fronteras de los Estados⁷⁰, y en ese sentido se trataría de una reflexión que afecta evidentemente al futuro del constitucionalismo (y del derecho internacional), determinada de manera importante por la concepción de la historia de los derechos que se maneje.

En tal sentido, Ansuátegui señala que si la historia de los derechos desde una visión progresiva, se entiende como una evolución, parece que sus exigencias van más allá de los contextos estatales, y como es lógico, ello no quiere decir que los Estados pierdan su sentido y su carácter necesario⁷¹, seguirán siendo el

⁶⁸ Aguiló, Josep. *op.cit.*, 2004, p.112.

⁶⁹ Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias". En: *Teoría y Metodología del Derecho, entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, (Vol. II), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2008, pp. 77-78.

⁷⁰ Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias" *op.cit.*, 2008, p. 84.

⁷¹ *Ibidem*.

escenario natural del constitucionalismo, pero con una nueva dimensión expansiva.

Por tanto, el asunto sobre la creación de un constitucionalismo cosmopolita debería centrarse en los mecanismos que le den la validez y la eficacia necesaria de la traslación de los esquemas de positivación, juridicidad y justiciabilidad o jurisdiccionalidad de los derechos del nivel nacional al internacional, y viceversa, como una comunicación de doble vía; que se comporte como un marco jurídico estable y permeable a la ampliación del alcance de los derechos.

Así, la aplicación del paradigma del Estado Constitucional a la esfera internacional, como subraya Ansuátegui, vendría justificada de dos maneras diferentes, pero siempre centradas –en su fin último y razón de ser– la limitación del poder:

- (i) Por una parte, como el resultado lógico de la vocación de universalidad de los derechos.
- (ii) Y por otra, entendida como resultado de la necesidad de superar déficits, fallas o deficiencias perceptibles en el contexto constitucionalista, lo cual justificaría la vigilancia y control también del poder político que se ejerce en el marco del constitucionalismo, constituyendo así una de las explicaciones del proceso de internacionalización de los derechos⁷².

Para que pueda reputarse el globalismo jurídico como racionalizador y democratizador, exige un control del poder, en el sentido de limitación y encauzamiento de su ejercicio a favor de los derechos fundamentales, que únicamente es posible si se cumple (ya no con la pretensión de extender entre los Estados la obligación democrática de construir una estructura común, transnacional, de acción política que pueda, finalmente, organizar la política de la autodeterminación)⁷³, sino tan sólo con el estándar mínimo de protección de los derechos humanos. El Estado-nación últimamente se ha visto desafiado y desplazado del centro por la emergencia de poderosos procesos infraestatales y de poderosos procesos supraestatales⁷⁴.

El objetivo de la *internacionalización del derecho*, como advierte Barberis, se inicia con la sexta fase de la positivación de los derechos,

⁷² Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "La dimensión...*op.cit.*", 2008, p. 89.

⁷³ Held, David. *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Paidós, Barcelona, 1997, citado por Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *op.cit.*, 2008, p. 87.

⁷⁴ Sousa Santos, Boaventura de. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*, Nota preliminar de Carlos Lema Añón, Trotta, 2008, Madrid, 2008, p. 69.

con la redacción de documentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos (1949), con los que los representantes de los Estados soberanos afirman empeñarse en respetar los derechos no obstante el pretendido valor universal es más oral que jurídico, por lo que este autor italiano, ajustando su opinión, prefiere definir ese momento como un proceso de des-positivación de los derechos en la medida que se confía su reconocimiento más a la doctrina y a la jurisprudencia internacionalista que a la legislación.

Para Barberis, a propósito del reconocimiento internacional de los derechos, como el reconocimiento constitucional, es necesario distinguir entre **"positivizaciones reales y aparentes, ejemplificada esta última en las Constituciones 'fachada' de muchos países del Tercer Mundo [y en ocasiones hasta del "Primer mundo"] o en la prevalencia de doctrinas del 'derecho constitucional' contrarias a estos valores del constitucionalismo, como el decisionismo de Schmitt"**⁷⁵, que terminan convirtiéndolo todo en declaraciones de buenas intenciones, agotando toda forma de tutela de los derechos y sacrificando lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales. Porque, como afirma Ansuátegui, es el individuo el gran protagonista del discurso de los derechos, en tanto que discurso moral y las necesidades morales a las que los derechos intentan atender y reivindicar son las de los individuos y no las de los Estados, pueblos o naciones. En tanto que el Derecho y el Estado, al tener una naturaleza instrumental o medial, carecen de fines en sí mismos, son instrumentos de la dignidad humana, de sus formas de concreción y sus **múltiples manifestaciones. Mejor aún, "si se quiere mantener el respeto a los derechos [y a los principios democráticos], los fines del Estado y del Derecho no pueden ser contrarios a los del individuo"**⁷⁶.

De allí **"la incompatibilidad manifiesta de discursos colectivistas [o transpersonalistas a rajatabla] reivindicativos de valores y pretensiones que no sean las individuales, y que atribuyan valor al sujeto en tanto que miembro del grupo y no en tanto que individuo, presentarían –cuando menos– problemas de compatibilidad con el sentido de los derechos [y de los principios democráticos], con ese núcleo constituido por la dignidad, la libertad y la igualdad [seguridad y solidaridad], que se tienen como valores en torno a los cuales se articula el proyecto moral de los derechos y sin los cuales no es posible el reconocimiento de una determinada propuesta como perteneciente al ámbito de los derechos"**⁷⁷.

⁷⁵ Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. Para Barberis, Carl Schmitt puede calificarse como constitucionalista sólo en el sentido de doctrinario del derecho constitucional, (*Ibidem.*, 2008, p. 39).

⁷⁶ Vid. Ansuátegui Roig, Francisco Javier. "La dimensión...*op.cit.*", 2008, pp. 93-94.

⁷⁷ *Ibidem.*

Dando un paso más, como afirma Gómes Canotilho, el Estado de derecho democrático constitucional se estructura como una parte fundamental de un sistema de complejidad. Con lo cual la teoría constitucional sigue girando en torno a la problemática del Estado de derecho constitucional democrático, aunque con nuevos actores sistémicos, internacionales y supranacionales⁷⁸.

Los problemas del derecho constitucional se conectan hoy, además, con su progresiva transformación en un simple derecho regional del estado vaciado de muchas tareas soberanas que han ido trasladándose [a otras instancias, *exempli gratia*, el derecho europeo]. A esta transformación viene asociada la pérdida del territorio que, como se sabe, constituye un punto de referencia del actuar estatal y por consiguiente tiene una enorme relevancia jurídica y política. Cuanto más "supranacionalizado" o internacionalizado esté el derecho, tanto menos territorio pertenecerá a los márgenes del "mundo jurídico soberano"⁷⁹.

De tal manera que el principio de autodeterminación debe ser reinterpretado no sólo en el sentido de que los "pueblos" deben dejar de estar sometidos a cualesquiera formas de colonialismo, sino también en el sentido de que la legitimación de la autoridad y de la soberanía política puede y debe encontrar fundamentos sociales y políticos a otros niveles –supranacionales e infranacionales– diferentes del "tradicional" y "realista" Estado-Nación.

Si ayer la "conquista territorial", la "colonización", el "espacio vital", el "interés nacional" y la "razón de Estado" aparecían siempre como categorías casi ontológicas, hoy los fines de los Estados pueden y deben ser los de la construcción de "Estados de derecho democráticos, sociales y ambientales", en el plano interno, y Estados abiertos e internacionalmente "amigos" y "cooperantes" en el plano externo⁸⁰.

Con mucha razón, Gómes Canotilho alude a una triple articulación del *ius cogens*, *los derechos humanos* y el papel de la *organización internacional*, como un marco razonable para el "constitucionalismo global".

⁷⁸ Gómes Canotilho, José Joaquim. *Teoría de la Constitución. Fragmento de la obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edición, Editorial Aldmedina, Coimbra, traducción de Carlos Lema Añón, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" Nº 31, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 18.

⁷⁹ Gómes Canotilho, José Joaquim. "Teoría de la Constitución... *op.cit.*", 2003, p. 31.

⁸⁰ Gómes Canotilho, José Joaquim. "Teoría de la Constitución... *op.cit.*", 2003, pp. 45-46.

VII. Constitucionalismo internacional. Aproximación conceptual

Los rasgos caracterizadores del "constitucionalismo global" como nuevo paradigma emergente, atendiendo a Gómes Canotilho, serían: (i) asentamiento del sistema jurídico-político internacional no sólo en el clásico paradigma de las relaciones horizontales entre estados (*paradigma hobbesiano/westfaliano*, en la tradición occidental), sino en el nuevo paradigma centrado en las relaciones entre Estado/pueblo (las poblaciones de los propios estados); (ii) emergencia de un *ius cogens* internacional materialmente informado por *valores, principios y reglas* universales progresivamente plasmados en declaraciones y documentos internacionales; (iii) tendencial elevación de la *dignidad humana* a presupuesto ineliminable de todos los constitucionalismos.

Este paradigma emergente que algunos quieren designar como constitucionalismo global y que otros denominan constitucionalismo internacional o democracia global no está todavía en condiciones de neutralizar el constitucionalismo nacional, precisamente porque el *constitucionalismo* se asienta aún en las siguientes premisas: (i) *soberanía* de cada Estado, conducente en el plano externo a un sistema de relaciones horizontales interestatales y, en el plano interno, a la afirmación de un poder o supremacía dentro de determinado territorio y traducido concretamente en el ejercicio de competencias soberanas (legislación, jurisdicción y administración); (ii) particular centralidad jurídica y política de la *Constitución* interna como carta de soberanía y de independencia de cada Estado ante los otros Estados; (iii) aplicación del derecho internacional en los términos definidos por la constitución interna, rechazándose, en muchos Estados, la aplicación de las normas de derecho internacional en el ordenamiento interno sin su "conversión" o adaptación por las leyes del Estado; (iv) consideración de las "poblaciones" o "pueblos" permanentemente residentes en un territorio como "pueblo del Estado" que sólo en él, a través de él y con sumisión a él podrán adquirir la "carta de nacionalidad"⁸¹.

Por su parte, Habermas, al referirse al constitucionalismo internacional, estima que si una vez el Estado fue la solución, aquí [y ahora] la solución debe provenir de un Estado de Estados: el Estado internacional, señalando que así como los individuos sacrificaron una vez su libertad natural y se unieron para formar una comunidad estatalmente organizada y sometida a leyes coercitivas, así también

⁸¹ Gómes Canotilho, José Joaquim. *"Teoría de la Constitución... op.cit."*, 2003, pp. 45 y ss.

los Estados deben unirse sacrificando su soberanía para formar una **"comunidad cosmopolita" sometida a una autoridad superior**⁸².

El núcleo innovador de su idea reside en la consecuencia de la transformación del Derecho internacional, en tanto que ***derecho de los Estados***, en un derecho cosmopolita en tanto que ***derecho de los individuos***. La persona humana ya no es sujeto de derecho sólo en tanto que ciudadano de sus respectivos Estados, sino también como **miembros de una "comunidad cosmopolita sometida a una autoridad superior [Oberhaupt]"**. Los derechos humanos y civiles reconocidos a los individuos deben atravesar ahora todas las relaciones internacionales. Los Estados soberanos que se unen formando un **"gran cuerpo estatal" pagan la autorización de sus ciudadanos, como ciudadanos cosmopolitas al precio de su propia mediatización**. Al asumir la condición de miembros de una república de repúblicas, renuncian a la opción de sustituir el derecho por la política en sus relaciones con otros Estados miembros.

La ***estatalización de las relaciones internacionales*** significa que el derecho penetra y transforma completamente el poder político, también en las relaciones exteriores entre Estados. De este modo desaparece la diferencia entre soberanía exterior e interior, no sólo a causa de la extensión global del Estado internacional inclusivo, sino también por razones normativas: la fuerza vinculante de la **Constitución republicana difumina la "sustancia" de un poder de autoafirmación que hacia fuera es "salvaje", no está jurídicamente domesticado**. Lo **"político"**, entendido como una fuerza del poder ejecutivo estatal que se conserva en cierto modo **"detrás"** del derecho, pierde la última reserva de arbitrariedad con la aparición de un escenario internacional⁸³.

Señala Habermas que la constitucionalización del derecho internacional no puede concebirse como la prosecución lógica de la domesticación constitucional de un poder estatal que opera sin sujeción alguna. El punto de partida de la juridificación pacificadora de las relaciones internacionales lo constituye un derecho internacional que en su forma clásica presenta el reflejo invertido de la relación entre el Estado y la Constitución. En efecto, en el terreno del derecho internacional no falta el elemento análogo a una Constitución que funda una asociación de miembros libres e iguales. Lo que falta es un poder supranacional más allá de los Estados rivales que aporte las posibilidades de sanción y las capacidades de acción que, para imponer sus reglas, requiere la comunidad de Estados

⁸² Habermas, J. "¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?". En: *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*. Traducción de José Luis López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2006, p. 125.

⁸³ Habermas, J. "¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?". *op.cit.*, 2006, p. 122.

constituida en la forma del derecho internacional. El derecho internacional clásico es ya una especie de Constitución, en la medida en que crea una comunidad jurídica entre partes que formalmente tienen los mismos derechos. Ciertamente, esta proto-Constitución del derecho internacional se diferencia de una constitución republicana en varios rasgos esenciales. No se compone de individuos que forman una comunidad jurídica, sino de actores colectivos, y además no tiene la función de constituir una autoridad política (*Herrschaft*), sino sólo la de formar poderes diferenciados (*Gewalten*). Además, para convertirse en una Constitución en sentido estricto, a la comunidad de sujetos del derecho internacional le falta la fuerza vinculante de las obligaciones jurídicas recíprocas. Sólo la restricción voluntaria **de** la soberanía (ante todo, la renuncia al núcleo mismo de la soberanía, el derecho de guerra) puede convertir a las partes del contrato en miembros de una comunidad políticamente **"constituida"**. **Con todo, al declarar voluntariamente la proscripción de las guerras de** agresión, los miembros de una asociación de naciones asumen ya una obligación que, incluso sin un poder coercitivo supraestatal, posee un **efecto** vinculante más **fuerte** que el derecho consuetudinario y los tratados interestatales⁸⁴.

Pero tal vez lo más interesante y rescatable de la tesis de Habermas es cuando señala que la constitucionalización del derecho internacional que pone límites al poder, pero que no se constituye como Estado, solo cumplirá las condiciones de legitimación de una **"situación cosmopolita"** si tanto en el nivel de la ONU como en el de los sistemas transnacionales de negociación se obtiene un **"respaldo"** mediado por procesos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, que sólo pueden institucionalizarse plenamente en los Estados constitucionales por complejos que sean estos Estados de dimensiones continentales contruidos federalmente. La constitucionalización débil y desestatalizada sigue dependiendo del suministro de legitimación procedente de los órdenes constitucionales centrados en el Estado. Solo en éstos la parte organizativa de la Constitución asegura a los ciudadanos un acceso igualitario a las decisiones políticamente vinculantes del gobierno a través de los espacios públicos institucionalizados, las elecciones, los parlamentos y otras formas de participación. Sólo en el seno de los Estados democráticos constitucionales existen disposiciones legales para una inclusión igualitaria de los ciudadanos en el proceso de legislación. Allí donde faltan estas disposiciones, como sucede en las constituciones supranacionales, siempre existe el riesgo de que los intereses **"dominantes"** en cada caso se hagan valer

⁸⁴ Habermas, J. *op.cit.*, 2006, p. 130.

hegemónicamente bajo la cobertura de leyes que rigen imparcialmente⁸⁵.

Otros autores, como es el caso de Held, utilizan la denominación democracia cosmopolita para señalar que en el mundo moderno sólo es posible concretar la democracia si se garantiza la **accountability** (rendición de cuentas) de todos los sistemas de poder relacionados e interconectados. Estos sistemas incluyen tanto las agencias que forman parte de los Estados-nación como las organizaciones que atraviesan las fronteras de territorios. Por consiguiente, la posibilidad de la democracia hoy en día debe vincularse con un marco expansivo de instituciones y procedimientos democráticos. Es necesario repensar el significado y el lugar de la política democrática a la luz de un conjunto específico de procesos locales, regionales y globales superpuestos. Señala que la democracia debe dar cuenta en los centros de poder (nacionales e internacionales) de tres rasgos de estas mutaciones: en primer lugar, (i) que los procesos de interconexión económica, política, legal, militar y cultural están transformando desde arriba la naturaleza, el alcance y la capacidad del Estado moderno, desafiando o directamente reduciendo sus facultades **"regulatorias" en ciertas** esferas; en segundo lugar, (ii) que la interconexión regional y global crea cadenas de decisiones y resultados políticos entrelazados entre los Estados y sus ciudadanos que alteran la naturaleza y la dinámica de los propios sistemas políticos nacionales; y tercero, (iii) que muchos grupos, movimientos y nacionalismos locales y regionales cuestionan desde abajo el Estado-nación como sistema de poder representativo y responsable⁸⁶.

Sin embargo, como afirma el propio Ferrajoli, el constitucionalismo, más que una conquista y legado del pasado, el legado más importante de nuestro siglo, es un programa para el futuro en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las Constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente, por medio del garantismo. No obstante, el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los

⁸⁵ Habermas, J. *op.cit.*, 2006, p. 138.

⁸⁶ Held, David. *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 317.

niveles no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional⁸⁷.

A pesar de las críticas que se le hacen a Ferrajoli, a quien se le señala por sus excesivas aspiraciones pandemocráticas o iusglobalistas⁸⁸, y por su entusiasmo en la apología a organizaciones internacionales como la ONU, no es menos cierto que el conocimiento del DIDH y la claridad sobre el alcance de las obligaciones internacionales, que se ha logrado en buena parte gracias a la vinculación y a la influencia de organismos internacionales, no sólo ha producido una serie de profundas transformaciones sobre la soberanía de los Estados, por conducto de la creciente fuerza jurídica normativa y aplicativa de los derechos humanos en el Derecho Internacional en general, sino que ha coadyuvado a mejorar la calidad de las democracias.

Ferrajoli no niega las dificultades que están en el horizonte para concretar un constitucionalismo internacional, diseñado por la Carta de la ONU y por muchas Declaraciones y Convenciones internacionales de derechos humanos, y su optimismo en torno a un constitucionalismo ampliado a escala internacional de un Estado internacional de derecho se centra en que su realización depende de la política y del Derecho, de la voluntad de los países más fuertes en mantener la paz y la igualdad en los derechos, y como muestran los actuales procesos de integración, como el europeo, terminarán por conducirnos a un nuevo orden planetario⁸⁹.

No obstante, antes de un constitucionalismo internacional, es necesario dar pasos firmes en la consolidación de la democracia constitucional, que los Estados terminen de entender que las Constituciones son instrumentos de garantía iusfundamental expansivos e incluso contramayoritarios, que no sirven para consolidar proyectos políticos ni para ilustrar proyectos nacionalistas o la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar a todos, todos los derechos, incluso frente a la voluntad popular.

En este sentido, antes de un constitucionalismo internacional, es necesario reconocer en el sujeto individual un inequívoco sujeto de derechos. Los derechos de la persona humana no son de titularidad

⁸⁷ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 35.

⁸⁸ Zolo, D. "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los Derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli". En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 101.

⁸⁹ Ferrajoli, L. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (Edit.), Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 29.

del Estado, ni de la Nación, ni de los pueblos. Sin embargo, los operadores políticos y jurídicos de los Estados, y con cierta regularidad los jueces de última instancia de los tribunales nacionales -convertidos también en operadores políticos- suelen invocar el principio de no intervención, el derecho a la autodeterminación de la nación o de los pueblos, así como la inmunidad jurisdiccional para justificar el incumplimiento de una decisión internacional, bien sea un fallo judicial, una medida cautelar o una decisión arbitral internacional.

Antes de un constitucionalismo internacional es imprescindible haber logrado previa y paralelamente a la consolidación de las democracias constitucionales, la universalización del DIDH, de modo tal que los Estados no puedan justificar la contumacia o rebeldía en el cumplimiento de una orden internacional, muchas veces emanada de un órgano internacional. De allí la importancia de una teoría y una práctica del Estado constitucional consustancial a estos fines.

Sólo así cambiará la historia del Estado de derecho, del constitucionalismo democrático y de los derechos humanos y **abandonaremos el "estado de naturaleza internacional". Ya no será la historia de una larga lucha contra el absolutismo del poder, es decir, de esa "libertad salvaje" como se conoce en el pensamiento kantiano** -fuente de guerras internas y externas, de desigualdades y de omnipotencia de la ley del más fuerte-. Pero antes hay que dar importantes y decisivos pasos en torno a la aplicación del DIDH.

Desde el punto de vista descriptivo, un mundo globalizado sin sistemas democráticos en la mayoría de los países y tremendamente injusto en la distribución del poder y de la riqueza, condicionan, por el momento al menos, la efectividad de la propuesta de un **"constitucionalismo cosmopolita"** (D. Held⁹⁰; L. Ferrajoli⁹¹; J. Habermas⁹²). Pero desde una perspectiva prescriptiva no luce tan difícil de realizar. Es muy prematuro para hablar de un constitucionalismo internacional si antes no se perfecciona en toda regla una **"constitucionalización" del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)**, y su imbricación en el sistema de fuentes,

⁹⁰ Held, David (1997): *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Paidós, Barcelona.

⁹¹ Ferrajoli, L. (1998): *Más allá de la Soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global*, Isonomía [Publicaciones periódicas]: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho N° 9, octubre 1998, Traducción del inglés por Gerardo Pisarello. Publicado originalmente en la obra colectiva: Bellamy, Richard. *Constitutionalism, democracy and sovereignty: American and European perspectives* / Richard Bellamy [et al.], Avebury Series in Philosophy, Aldershot, Inglaterra, 1996.

⁹² Habermas, J. (2006): "¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?". En: *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos* X. Traducción de José Luis López de Lizaga, Trotta, 2006, Madrid.

tanto en el plano normativo como aplicativo, integrando y nutriendo los ordenamientos internos.

VIII. Constitucionalismo y Derecho internacional de los derechos humanos

No podemos negar que el DIDH es un ordenamiento jurídico incompleto e inacabado y con una gran posibilidad de quedar frustrado, principalmente por el hecho de que la jurisdicción internacional es una jurisdicción voluntaria que exige de los Estados la aceptación expresa, en ello también debe concentrarse el bien común de la propia comunidad internacional, no sólo con instar a la universalización de los derechos fundamentales y los principios democráticos es suficiente, es necesario dar pasos más firmes para que los Estados comprendan la evidente fragilidad de seguir siendo Estado-nación y nada más.

En ese sentido, la validez del Derecho internacional sería no sólo egoísta, anclada en la propia conservación e interdependencia de los Estados, sino una necesidad de seguir el conjunto de obligaciones asumidas por los sujetos y actores internacionales en virtud de su consentimiento o al margen del mismo, para preservar el orden público internacional.

De allí la importancia de desarrollar, en el marco del constitucionalismo, la categorías propias del Derecho internacional de los derechos humanos y del Estado constitucional.

Con mucha razón señala Marina Gascón que el paradigma del Estado constitucional, por cuanto supone el establecimiento de vínculos políticos al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la suscripción de documentos normativos supranacionales (así, la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales de Justicia llamados a garantizar su eficacia⁹³.

Esta posición nos permitiría fijar otra de las coordenadas de unión imprescindibles en nuestro análisis. En este caso, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tendrían en común su fecha de gestación, por cuanto la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 inician el proceso de internacionalización de los derechos humanos y libertades públicas, que interesan en el plano de las Constituciones de los Estados como en el ámbito del

⁹³ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alonso. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2003, p. 23.

Derecho Internacional⁹⁴, el cual tienen en los derechos humanos una de sus dimensiones constitucionales, con un alcance jurídico innegable, de modo que todos los Estados tienen la obligación jurídica, *omnium* y *erga omnes*, de respetar los derechos fundamentales de toda persona que se encuentra bajo su jurisdicción.

La proclamación de 1945 y la reafirmación posteriormente en múltiples tratados universales y regionales, de la dignidad de la persona y el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como centro de gravedad del desempeño jurídico y político de cada Estado individualmente considerado y del conjunto de ellos, organizados en la comunidad internacional, no sólo ponen en cuestión la dependencia de la persona con respecto al Estado con la afirmación del *principio de dignidad del ser humano*⁹⁵, sino que exigen el reconocimiento del Derecho internacional de los derechos humanos como una garantía de legitimidad del Estado Constitucional.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional es la orientación del Estado a la *protección de los derechos* al margen (o incluso por encima) de la ley (que pierde su vitalidad y deja de ser la vara para medir la eficacia de los derechos), ya que la eficacia sencillamente no emanará de los términos contenidos en la ley, sino del reconocimiento constitucional, de los términos amplios e imprecisos de la Constitución.

Ahora bien, en línea con lo anterior, el constitucionalismo o el neoconstitucionalismo deberían admitir entre sus filas, como auténticos rasgos o elementos que los identifiquen como constataciones teóricas de evidentes consecuencias prácticas, la aplicación al interior de los Estados del DIDH; ello como característica propia de la orientación del Estado a la protección de los derechos, lo que exigiría una vuelta de tuerca en el sentido de incorporar la constitucionalización del DIDH como rasgo determinante y característico del más reciente cuadro del neoconstitucionalismo, como parte de la continuación doctrinal de este paradigma embrionario y todavía difuso asociado al Estado constitucional.

Esa Constitución rematerializada y omnipresente del neoconstitucionalismo, que es la Constitución contemporánea en muchos Estados, la Constitución del constitucionalismo, así como lo que los jueces dicen que es la Constitución, debe dirigirse en forma y sustancia a la tutela del DIDH y a la interpretación tendente a la

⁹⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. En prologo al libro *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de Carlos Villán Durán, Trotta, Madrid, 2006, p. 23.

⁹⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio en Prólogo a la obra de Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006, p. 21.

democratización de los derechos humanos como justas exigencias de toda sociedad democrática.

Una Constitución cargada de principios y reglas, una Constitución con un abultado y multiforme catálogo de derechos fundamentales, no sirve de mucho a una teoría de los derechos desde el punto de vista lógico, deontológico y ontológico, y por supuesto, desde la visión axiológica de los derechos fundamentales, si no se acepta sin fisuras en los ordenamientos nacionales el Derecho internacional de los derechos humanos.

Esta visión supone un método articulador y tuitivo de los derechos, ya no por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley, sino por las peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas de DIDH, o lo que es lo mismo, la existencia de un proceso jurídico trasnacional, consistente en un conjunto de sub-procesos complejos y **multidimensionales de "interacción, interpretación e internalización"** del derecho internacional⁹⁶, que procure el efecto útil de los derechos y el efecto último sobre la dignidad y desarrollo humanos.

IX. Conclusiones

Si hoy día se reconoce que en las relaciones entre Derecho y poder prevalece un derecho constitucionalizado y un poder del Estado decididamente sometido al derecho, también el DIDH debe penetrar y transformar al poder político. Lo cual se justifica en el carácter universal y en la idea de supra-estatalidad de los derechos humanos y la carga argumentativa que estos llevan implícita. Es por ello que la teoría de los derechos humanos se convierte en una consecuencia lógica del Estado constitucional y del neoconstitucionalismo, que sólo serán conceptual y prácticamente completos si justifican y caracterizan la infranqueable dirección ordenadora y funcionalista de los derechos, orientando a todos los poderes públicos al reconocimiento, respeto y garantía del DIDH, por encima incluso de la teoría de la soberanía y de principios y derechos que se supone inherentes al Estado, como la autodeterminación, la no intervención, la no injerencia y la inmunidad, entre otros.

La progresiva internacionalización de los derechos humanos y la paulatina constitucionalización del derecho del DIDH, no sólo ha **erosionado y 'relativizado' el principio clásico de soberanía, sino que** ha significado la racionalización del poder político, centrando a los

⁹⁶ Koh, H. *Transnational Legal...* citado por Bergallo, Paola. *"Igualdad de género: Experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial"*. En: Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Derechos, Roberto Gargarella (Coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 569.

Estados para que se decanten por la democracia y desechen la autocracia, por el poder limitado y delimitable racionalmente y no por un poder absoluto e indómito, por una sociedad abierta, plural y libre y no por una sociedad cerrada, enquistada en la intolerancia y excluyente. De modo tal que los Estados tienen la obligación jurídica general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de reconocer la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales de la persona que se encuentre bajo su jurisdicción, de lo que ha derivado una nueva visibilidad internacional de la persona humana como sujeto de derecho, que ha adquirido incluso la capacidad de acceso directo ante la jurisdicción internacional (*ius standi*) o para comparecer como parte en juicio (*ius standi in iudicio*).

Es necesario reconocer en el sujeto individual un inequívoco sujeto de derechos. Los derechos inherentes a la persona humana no son de titularidad del Estado, ni de la Nación, ni de los pueblos. Sin embargo, los operadores políticos y jurídicos de los Estados, suelen invocar la soberanía como principio político preferente, el principio de no intervención, el derecho a la autodeterminación de la nación o de los pueblos, así como la inmunidad jurisdiccional para justificar el incumplimiento o apartarse de una decisión internacional, bien sea un fallo judicial, una medida cautelar o una decisión arbitral internacional. Por ello es imprescindible haber logrado previa y paralelamente a la consolidación de las democracias constitucionales, la universalización del DIDH con su constitucionalización, de modo tal que los Estados no puedan justificar la contumacia o rebeldía en el cumplimiento de una orden o mandato internacional, en decisiones o fallos emanados de sus jurisdicciones constitucionales o internas, que en lo que respecta a los tratados sobre Derechos humanos no podrían considerarse normas de cierre del sistema.

Así las cosas, ante la precariedad de una justicia global, la aceptación, interiorización y aplicación del estándar mínimo del DIDH por los Estados, en especial por los jueces y juezas nacionales, sería una especie de revalorización realista del papel fundamental de los controles externos, de la labor de promoción y protección –así sea regional– de los derechos humanos como precondition fundamental para la existencia y preservación de una sociedad democrática y de un Estado respetuoso de la tutela fundamental de los derechos y de la dignidad humana.

En fin, la Constitución del constitucionalismo no será completa si no asume la constitucionalización y desarrollo jurisprudencial del DIDH. La constitucionalización de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y la recepción jurisdiccional interna de los criterios establecidos por los órganos encargados de la interpretación de aquéllos, constituyen los pasos necesarios para la consolidación del DIDH. La Constitución del constitucionalismo, del

constitucionalismo de los derechos, es una Constitución material garantizada y en ese sentido es una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales y le otorga fuerza jurídicamente vinculante y aplicación directa a todos sus contenidos (institucional, procedimental y sustantivo), lo que la convierte en un **conjunto de normas "preceptivas" y no meramente "programáticas" u "ornamentales"**, de decidida influencia en el debate político, condicionando que todo el ordenamiento se interprete conforme al Texto Fundamental, con su consecuente **"sobreinterpretación"**, como rasgo que exige atenerse a la *vis expansiva* y al efecto de irradiación de la Constitución y deducir principios y valores implícitos, más allá del propio texto; con la misma razón, no sería forzado deducir que el Derecho internacional de los derechos humanos forma parte de esa constitucionalización y -explícita o implícitamente-, las Constituciones y los órganos jurisdiccionales internos deben, *a fortiori*, articular mecanismos para la garantía y protección de los derechos y libertades, facilitando en el ámbito interno el amparo de los derechos y garantías por intermedio de los órganos internacionales.